



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.131 - SP (2010/0079460-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : LUCIENE TELLES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO OLIVEIRA DAS NEVES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, EM RELAÇÃO À CONDUTA SOCIAL E À PERSONALIDADE. PREJUDICIALIDADE NO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 231 DESTA CORTE. AUMENTO DA REPRIMENDA, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA, ACIMA DA RAZÃO MÍNIMA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. ORDEM DE HABEAS CORPUS, NESTE PONTO, CONCEDIDA DE OFÍCIO. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. SÚMULA N.º 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULAS N.ºs 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA QUANTO AO REGIME INICIAL E CONCEDIDA DE OFÍCIO QUANTO À PENA-BASE E À CAUSA DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, tais como, "*a gravidade do delito praticado*", "*a divisão de trabalhos entre os envolvidos*" e "*a frieza com que a vítima foi abordada e ameaçada*".

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, não incide a atenuante da menoridade, uma vez que, na esteira da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, cristalizada na Súmula n.º 231, "*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*".

4. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em razão acima do mínimo legal previsto, exceto quando constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorrera na espécie.

5. Uma vez estabelecida a pena-base do Paciente, réu primário, no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Justiça e n.^{os} 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

6. Ordem de *habeas corpus* concedida para estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento de pena, conforme condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais e reduzir, de ofício, a pena-base e a causa de aumento na terceira fase da aplicação da pena, ao patamar mínimo, fixando a pena privativa de liberdade do Paciente em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 06 (seis) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.131 - SP (2010/0079460-3)

IMPETRANTE : LUCIENE TELLES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO OLIVEIRA DAS NEVES (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de DIEGO OLIVEIRA DAS NEVES, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido em sede de apelação criminal.

Consoante os termos da denúncia, em 28 de fevereiro de 2005, por volta das 20:15 horas, o Paciente, juntamente com outro acusado, mediante o uso de arma de fogo, constrangeu a vítima a entrar em sua residência (fl. 33).

O delito não se concluiu porque os acusados foram surpreendidos ao serem trancados em um dos cômodos pelo ofendido. Nesse momento, o Paciente e seu colaborador empreenderam fuga.

Transcorrida a instrução criminal, houve prolação de sentença, condenando o Paciente à pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2.º, incisos I e II, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, em regime inicial fechado, em face da valoração negativa das circunstâncias do crime, consoante prevê o art. 33, § 2.º, alínea c, c.c. o art. 59, do Código Penal.

Foi interposto recurso de apelação pela Defesa, ao qual foi negado provimento, nos termos do acórdão às fls. 51/59.

Insurge-se a Impetrante, no caso, contra o estabelecimento do regime fechado para o inicial cumprimento da reprimenda, afirmando, para tanto, que é inadmissível a fixação de regime prisional mais gravoso com base unicamente na gravidade abstrata do delito.

A liminar foi indeferida à fl. 72, dispensando-se o pedido de informações ao Tribunal Impetrado, por estarem devidamente instruídos os autos.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 119/121, opinou pela denegação da ordem.

Posteriormente, às fls. 130/132, a Impetrante informou que o Paciente já se encontra há 10 (dez meses) no regime fechado, requerendo a transferência para o regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.131 - SP (2010/0079460-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, EM RELAÇÃO À CONDUTA SOCIAL E À PERSONALIDADE. PREJUDICIALIDADE NO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 231 DESTA CORTE. AUMENTO DA REPRIMENDA, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA, ACIMA DA RAZÃO MÍNIMA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. ORDEM DE HABEAS CORPUS, NESTE PONTO, CONCEDIDA DE OFÍCIO. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. SÚMULA N.º 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULAS N.ºs 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA QUANTO AO REGIME INICIAL E CONCEDIDA DE OFÍCIO QUANTO À PENA-BASE E À CAUSA DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, tais como, *"a gravidade do delito praticado"*, *"a divisão de trabalhos entre os envolvidos"* e *"a frieza com que a vítima foi abordada e ameaçada"*.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, não incide a atenuante da menoridade, uma vez que, na esteira da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, cristalizada na Súmula n.º 231, *"a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"*.

4. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em razão acima do mínimo legal previsto, exceto quando constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorrera na espécie.

5. Uma vez estabelecida a pena-base do Paciente, réu primário, no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e n.ºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

6. Ordem de *habeas corpus* concedida para estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento de pena, conforme condições a serem estabelecidas pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juízo das Execuções Penais e reduzir, de ofício, a pena-base e a causa de aumento na terceira fase da aplicação da pena, ao patamar mínimo, fixando a pena privativa de liberdade do Paciente em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 06 (seis) dias-multa.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Desse modo, verifico a presença de ilegalidade flagrante a ensejar a concessão da ordem de ofício, tendo em vista a fixação da pena-base acima do mínimo legal, bem como a aplicação do percentual superior ao mínimo legal na terceira fase da aplicação da pena, em virtude de duas causas de aumento.

No caso, a sentença condenatória assim individualizou a reprimenda do Paciente:

"O acusado não ostenta maus antecedentes, uma vez que não pesa contra si condenação criminal ou contravencional com trânsito em julgado e respectiva execução de pena há mais de cinco anos antes da data dos fatos, mas a gravidade do delito praticado, a divisão de trabalhos entre os envolvidos e a frieza com que a vítima foi abordada e ameaçada denotam que sua conduta e personalidade não devem ser tidas por consoante a moral média, mas voltadas para o crime e em total desprezo com a integridade física e o patrimônio alheios.

Mais, a insegurança que tem sido causada no meio social, em especial nesta Comarca, com a prática reiterada de delitos como em epígrafe impõe a fixação da pena acima do mínimo legal.

Fixo-lhe a pena base então em cinco anos de reclusão e pagamento de doze dias-multa para o delito de roubo.

Não há circunstâncias agravantes, mas o acusado ostentava menos de 21 anos à época dos fatos, de modo que imperiosa a aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesta fase sua pena é diminuída em 1/5 e atinge quatro anos de reclusão e pagamento de dez dias-multa.

Foi acima reconhecida a incidência de duas causas de aumento previstas no artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, do Código Penal, razão pela qual a pena do acusado deverá ser aumentada em 2/5 e atingirá a cinco anos, sete meses e seis dias de reclusão e pagamento de quatorze dias-multa.

Também foi reconhecida a tentativa, motivo pelo qual deve ser aplicada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 14, inciso II, do Código Penal, na proporção de 1/2, eis que o acusado não chegou a tomar qualquer objeto da vítima, o que denota certa distância da consumação do delito, apesar da realização da grave ameaça.

Sua pena final será de dois anos, nove meses e dezoito dias de reclusão e pagamento de sete dias-multa.

O valor de cada dia multa será o do mínimo legal, diante da ausência de informações a respeito da fortuna do acusado.

Regime de pena.

Considerando as circunstâncias acima mencionadas e o disposto no artigo 33, parágrafo 2º, alínea c, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento de pena deverá ser o fechado, tendo em vista a gravidade do crime, o estado de terror causado na Comarca com a prática de atos desta natureza, a narrativa referente à organização dos agentes para a prática do delito e à frieza com que a vítima foi abordada e ameaçada.

Substituição.

As circunstâncias já analisada e a dosimetria penal acima efetuada não autorizam a aplicação da substituição prevista no artigo 44 do Código Penal, considerando a pena fixada e a natureza do ato praticado.

Decisão.

Ante o exposto e do que mais depreende dos autos, julgo procedente a presente ação penal para fins de condenar DIEGO OLIVEIRA DAS NEVES ao cumprimento de dois anos, nove meses e dezoito dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de sete dias-multa, cada qual no mínimo legal, uma vez que incurso no artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, c.c. Artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

O réu responde o processo em liberdade e assim deve permanecer, já que ele já se encontra detido por outro processo e não há notícias de que tenha praticado algum ato para a obstrução da aplicação da lei penal" (fls. 40/43; grifei).

Por sua vez, a Corte de origem manteve a condenação, ressaltando que "[a]s penas foram fixadas de forma criteriosa e o regime fechado é o mais adequado ao cumprimento da pena, à satisfação dos requisitos de necessidade e suficiência para repressão e a prevenção ao crime praticado" (fl. 59).

Da simples leitura da sentença condenatória, observa-se que a fixação da pena-base do Paciente, acima do mínimo legal, no que concerne à **conduta social** e à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade do agente, foi feita com considerações vagas, genéricas, sem fundamentação objetiva, sendo inadequadas para justificar a exasperação. Na hipótese, o magistrado não indicou nenhum fato concreto que justificasse a valorização negativa das mencionadas circunstâncias judiciais, ao contrário, valeu-se de termos vagos, tais como, "*a gravidade do delito praticado*", "*a divisão de trabalhos entre os envolvidos*" e "*a frieza com que a vítima foi abordada e ameaçada*".

A propósito, vejamos-se os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES E HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA COM FUNDAMENTO NOS ANTECEDENTES DO RÉU. POSSIBILIDADE.

1. Em relação à culpabilidade, o magistrado singular se limitou a afirmar que 'o réu agiu de forma absolutamente censurável, sem se intimidar com o mal que poderia causar à vítima com a sua conduta de passar a arma ao executor dos disparos.' 2. Na exasperação da pena-base com fundamento na culpabilidade, para a demonstração de maior ou menor censurabilidade da conduta, deve o magistrado enfatizar a realidade concreta em que esta ocorreu, bem como a intensidade do dolo do agente, o que, no caso dos autos, não ocorreu.

3. Em relação aos motivos, circunstâncias e consequências do crime, também não logrou êxito o Juízo de primeiro grau em justificá-los, tendo se limitado a afirmações genéricas de que o motivo do crime foi 'uma desavença', 'a vítima estava desarmada' e 'as consequências são graves, consistentes na subtração da vida de um jovem de 24 anos', eventualidades, em geral, existentes em crime de homicídio, podendo ser consideradas inerentes ao próprio tipo do delito em questão e, portanto, inidôneas para justificar o aumento da pena.

4. No tocante aos antecedentes, a ordem não merece concessão, pois o art. 59 do Código Penal prevê expressamente a consideração dessa circunstância por ocasião da aferição da pena-base.

5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base imposta ao paciente para 7 anos, resultando a pena definitiva em 8 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial fechado." (HC 171.395/RS, 6.^a Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 01/02/2012.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA MUITO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO NÃO JUSTIFICADA. REINCIDÊNCIA. VALORAÇÃO. BIS IN IDEM. MAUS ANTECEDENTES. DELITO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Dessa maneira, considerações genéricas, abstrações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda (Precedentes do STF e STJ).

II - In casu, verifica-se que a r. sentença condenatória apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa e vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível. Não existem argumentos suficientes a justificar, no caso concreto, a fixação da pena-base muito acima do mínimo legal previsto em abstrato.

III - A valoração da mesma condenação transitada em julgado tanto como circunstância judicial quanto como agravante genérica da reincidência caracteriza bis in idem.

IV - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, condenação por fato posterior ao descrito na peça acusatória não pode ser utilizada para exacerbar a pena-base acima do mínimo legal em razão de maus antecedentes.

Ordem concedida para anular a r. sentença condenatória unicamente quanto à dosimetria da pena, a fim de que outra seja proferida com nova e motivada fixação da reprimenda." (HC 123.061/PE, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 22/02/2010.)

Portanto, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Todavia, na segunda etapa de fixação da pena, verifica-se que o Tribunal de origem reconheceu a existência da atenuante da menoridade. Assim, restando a pena-base do Paciente fixada no patamar mínimo, não há como ser aplicada na espécie a referida atenuante, uma vez que, a teor do entendimento sumulado por esta Corte, *"a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"* (Súmula n.º 231 do STJ). Tal entendimento é endossado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE MOTIVADO. ORDEM DENEGADA. 1. Esta Suprema Corte possui entendimento consolidado no sentido de considerar hediondo o estupro e o atentado violento ao pudor praticado com violência presumida. Precedentes. 2. A pena-base foi aplicada em seu mínimo legal. É firme a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal. Precedentes. 3. Idônea a motivação para a fixação do regime mais gravoso para o cumprimento da pena, não havendo razão para que seja aplicado o semi-aberto. Súmula 719/STF. 4. Writ denegado. Ordem concedida de ofício apenas para restabelecer o regime inicialmente fechado fixado anteriormente e cassar a decisão que impôs o regime integralmente fechado." (HC 99.406/RS, 2ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 09/09/2010.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS INFERIORES. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA EM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. I - A questão relativa à dosimetria da pena não foi apreciada nas instâncias inferiores. Assim, seu conhecimento em sede originária pelo Supremo Tribunal Federal implicaria em supressão de instância. Precedentes. II - A via estreita do habeas corpus não permite que se proceda à ponderação e o reexame das circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do Código Penal, consideradas na sentença condenatória. Precedentes. III - É firme a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal. IV - Habeas corpus não conhecido." (HC 100371/CE, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 20/05/2010.)

No tocante à terceira fase da aplicação da pena, cumpre anotar que, a simples presença de mais de uma majorante no crime não é causa obrigatória de exasperação da punição em patamar acima do mínimo previsto, exceto quando o Magistrado, no caso concreto, constata a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação.

Na espécie, o juízo sentenciante, referendado pela Corte *a quo*, contrariou o entendimento pacificado neste Tribunal Superior no sentido de que a fração acima da mínima na terceira fase da dosimetria da pena deve ser fundamentada com base em dados concretos que justifiquem uma maior elevação, utilizando-se o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e por obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República).

A propósito:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. AUMENTO DE 3/8 EM RAZÃO DA DUPLA QUALIFICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE QUANTO À NECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO DIANTE DO QUANTUM DA PENA IMPOSTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 2.º ALÍNEA B, e § 3.º DO CÓDIGO PENAL.

1. A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se deu na espécie.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Habeas corpus concedido para fixar o aumento pelas duas qualificadoras no mínimo legal e o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC 102.447/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5.^a TURMA, DJ de 19/12/2008.)

Incide, na hipótese, portanto, a Súmula n.º 443/STJ: "[o] aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."

Assim, diante da ausência de justificativa concreta acerca da adoção de fração maior que o mínimo na exacerbação da pena, deve, portanto, ser reduzido o *quantum* relativo ao aludido aumento ao patamar legal mínimo, equivalente a 1/3, ficando a reprimenda do Paciente estabelecida, em definitivo, em **02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 06 (seis) dias-multa**.

Outrossim, uma vez fixada a pena-base do Paciente, réu tecnicamente primário, no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso.

Nesse sentido é o comando da Súmula n.º 440 desta Corte:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal tem ratificado esse entendimento, segundo o qual *"se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese"* (STF, HC 72.315/MG, 1.^a Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 26/05/1995).

Confirmam-se, a propósito, os verbetes da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Súmula n.º 718)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719)

Desta feita, considerada a pena definitiva imposta ao Paciente, de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, incidem no caso as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que *"o condenado não reincidente,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto" e que "[a] determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento de pena, conforme condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais e reduzir, de ofício, a pena-base e a causa de aumento na terceira fase da aplicação da pena, ao patamar mínimo, fixando a pena privativa de liberdade do Paciente em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 06 (seis) dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0079460-3

HC 171.131 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10431253 9172005

EM MESA

JULGADO: 04/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUCIENE TELLES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO OLIVEIRA DAS NEVES (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.